

学校编码: 10384  
学 号: 9408021

分类号\_\_\_\_\_密级\_\_\_\_\_  
UDC\_\_\_\_\_

## 学 位 论 文

# 外资准入法律制度的理论与实践

林 雁

指 导 教 师 : 宋方青 副教授

厦门大学法律系

申请学位级别: 硕 士

专 业 名 称 : 国际经济法

论文提交日期: 1997 年 12 月 日

论文答辩日期: 1998 年 1 月 日

学位授予单位: 厦门大学

学位授予日期: 1998 年 月 日

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评 阅 人: \_\_\_\_\_

1997 年 12 月    日

## 内容摘要

外资准入法律制度是在各国利用外资取得一定经验和国际直接投资自由化驱动下，才引起各国普遍重视的。它是东道国引导外资投向，提高引资质量的重要法律手段之一。具体包括外国投资的审批制度、外资准入的领域、外资准入的条件等制度。本文拟对外资准入制度的理论和实务中的若干问题作较为深入的探讨。全文除导言和结语之外，共分三个部分。

一、以南北矛盾为主线，论述外资准入制度的发展过程及最新发展状况。

二、运用综合比较的方法对部分发达国家、发展中国家及我国关于外资准入具体制度的内容进行比较，并作相应评价，以期从中获得对完善我国外资准入制度的有益启示。

三、针对我国利用外资存在的问题，阐明加强外资准入管理和立法的重要性。

在较为全面概括了我国外资政策调整以来外资准入制度发展的基础上，提出进一步完善我国外资准入制度的思考和建议。

关键词：投资 市场准入 法律

厦门大学博硕士论文摘要库

## 目 录

## 导言

### 一、外资准入制度的发展过程

- (一) 历史回顾
- (二) 外资准入自由化问题的提出
- (三) 外资准入制度的最新发展

### 二、外资准入具体制度的比较与评价

- (一) 外国投资审批制度
- (二) 外资准入的领域
- (三) 外资准入的条件

### 三、我国外资准入制度的发展与完善

- (一) 我国利用外资存在的主要问题及其成因
- (二) 外资政策的调整与相关外资准入制度的发展
- (三) 进一步完善我国外资准入制度的法律思考

## 结语

# 外资准入法律制度的理论与实践

## 导言

晚近国际投资法的主要发展趋势表现在：一是进一步提高对外国投资的法律保护水平；二是促进外国投资的自由流动。前者即为外国投资进入东道国之后的待遇和保护问题，这一问题几经演变发展成当前的国民待遇原则之争。而后者却是近二十年来，在全球经济自由化的总体趋势下要求各国实际上主要是发展中国家放宽对外国投资进入的法律管制，以实现国际直接投资自由化的问题。本文要探讨的就是关于管制国际投资的外资准入制度。

在国际投资法理论上，通常把外国投资活动划分为外资建立之前和外资建立之后两大阶段，即外资准入阶段（Admission of foreign investment）和外资经营阶段（Operation of foreign investment）。随着各国经济市场化及世界经济一体化、自由化程度的日益提高，在外资经营阶段推行普遍适用国民待遇原则，似乎已成为历史发展的潮流。当今世界上，大凡实行市场经济的国家，一般都提倡给外资予国民待遇，其中也包括许多发展中国家。<sup>[1]</sup>随着我国改革开放以来，社会主义市场经济体制的逐步确立，对外商投资企业实行国民待遇已经成为我国进一步改善投资环境和确立市场经济法律体系的目标之一。1993年11月，《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决议》就明确指出，我国要创造条件，走国民待遇发展的道路。1996年3月，八届全国人大四次会议批准的《中华人民共和国国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》更是明确指出要逐步统一内外资企业政策，实行国民待遇。此外，我国近几年的立法实践也表明中国已经朝着国民待遇原则的方向迈进。<sup>[2]</sup>

然而，关于外资准入自由化问题的争论却是在近二十年才逐渐展开的。究其原因，主要是在此之前各国基于国家安全和公共利益考虑，根据本国的具体情况设立了一定的外资准入条件。这种在投资范围和投资条件等方面设定的不同程度的限制，与鼓励、保护外国投资的措施，构成资本输入国关于外国投资的法制。所不同的是，广大发展中国家由于经济处于落后状态，技术水平和管理水平等都比较落后，国内企业与外资企业在竞争能力上还有很大差距，需要通过对国内企业实行某些专门的法律保护，因此，广大发展中国家在迫切需要吸收大量外资的同时，也设立了较多的外资准入条件。而发达国家由于经济技术发展水平较高，对外国投资倾向于自由开放的政策，相应的限制措施也较少。尽管如此，但发达

国家在一些关系国计民生的经济要害部门，如公用事业、交通运输、国防工业、金融业等，一般也对外国直接投资作禁止性或限制性规定，以保证本国资本对这些部门的控制权，维护本国的经济主权。在这方面，即便是主张对外国投资采取最开放政策的美国，也不例外。美国至今尚无关于审查和甄别外国投资的现行的统一法律，但在联邦及各州的特别法令中，对外国投资的部门、出资比例等方面仍有一些限制，包括通讯、航空运输、沿海和内河运输、银行业、保险业、土地所有、联邦土地的矿藏采掘、水力发电事业、原子能以及国防工业等方面。

可见，尽管目前推行国际投资自由化的呼声很高，但是在短期内对投资准入阶段完全实行国民待遇原则的时机还远未成熟。首先，发达国家自身无法遵循；其次，广大发展中国家出于引进外资的需要及迫于发达国家的压力，虽然适度放宽了对外国投资的限制，但相关的限制措施直接关系到发展中国家引进外资的目的，因此，发展中国家不可能在短期内无条件地作出巨大妥协，以免使外国投资对本国经济发展产生过大的负面影响。因此，作为晚近国际投资法主要发展趋势之一的外资准入自由化问题将在很长一段时期内继续存在并发展，它将成为南北国家在国际投资法领域争论的最主要的焦点问题。

中国的外资立法吸取了各国的经验和教训，基本上做到既立足于本国国情又兼顾到国际惯例的要求。就中国成为世界发展中国家引进外资数量最多的国家上看，中国的外资立法无疑是成功的。但是，从质量上看，中国引进外资的工作仍存在许多急需改善的方面，如外商投资的资本构成和资本投向不合理的问题。产生这一状况的根本原因在于中国早期的外资立法忽视采用明确的鼓励或限制措施来引导外国资本的投向，即缺乏对外资准入加以甄别的专门规定。当然，地方政府官员急功近利的心态也起了加剧的作用。目前，中国正处于外资政策的调整时期，同时又面临加入世界贸易组织（WTO）的关键时刻，因此，如何根据中央提出的进一步“优化环境、拓宽领域、引导投向、优化结构”的利用外资的总体方针，<sup>[3]</sup>结合我国利用外资的现状和当前国际投资的发展趋势，适时调整外资政策，制定我国的外资准入制度以进一步完善我国的外资立法，是摆在我们面前一个亟待解决的问题。

## 一、外资准入制度的发展过程

第二次世界大战结束后，国际资本流动成为世界经济发展的一个突出现象，其中，国际直接投资又是资本跨国流动的主要方式。由此，围绕着对国际直接投资的法律保护和管制一直成为发达国家与发展中国家在国际投资法领域争论最为激烈的矛盾。

### （一）历史回顾

广大殖民地、半殖民地民族在二战之后相继争得了民族解放和国家独立。但是，这些国家由于长期处于殖民统治，殖民主义者垄断和操纵了境内的各种自然资源和经济命脉，同时，作为取得独立的条件，它们在独立之际往往被迫签订条约或协定，同意保留原殖民统治者在当地的许多既得利益和特权。因此，许多新兴的发展中国家，虽然政治上取得独立，但本国的经济命脉仍控制在殖民主义国家投资者手中。同时，战后科技革命极大地促进了社会生产力的发展，生产专业化和国际分工协作的趋势进一步加强，发达国家之间的经济联系不断加深，加速了产业资本的国际化进程。自 60 年代以来，发达国家凭借其雄厚资金和垄断东道国经济要害部门的特殊地位，掠夺东道国的自然资源，排挤和打击东道国的民族工商业，不择手段地攫取超额利润，成为东道国实现经济独立，保证民族生存与发展的重大障碍和主要威胁。由此，自 50 年代后期开始，发达国家与发展中国家之间，经济悬殊，贫富差距日益扩大。发展中国家迫切要求改变这一建立在不公平、不平等、弱肉强食、贫富悬殊基础上的旧的国际经济秩序，建立以国家待遇公平、主权平等、相互依存、共同受益以及协力合作基础上的国际经济新秩序，确立自主的国民经济体制。<sup>[4]</sup>

为摆脱发达国家的经济控制，维护国家的经济主权，从 50 年代末期到 70 年代中期，广大新独立的发展中国家一方面开展了席卷亚、非、拉的大规模的国有化运动，<sup>[5]</sup>不断将外国投资者的财产强制收归国有，用以建立和巩固本国的民族经济。另一方面，在国际政治舞台上，广大发展中国家为维护本国对自然资源的永久主权，在外资法律保护问题上，与发达国家几经较量，并取得重大胜利。以其中最具有争议的国有化及补偿为例，1962 年联合国大会第 17 届会议通过了《关于自然资源永久主权的决议》，首次以国际条约的形式肯定各国国有权把外资控制的自然资源及其相关企业收归国有或加以征用。但它同时对国有化的补偿采取了妥协的作法，规定：“采取上述措施以行使其主权的国家应当按照本国现行法规以及国际法的规定，对业主给予适当的赔偿。”<sup>[6]</sup>直至 1974 年，联合国大会第 29 届会议以压倒性多数通过了《各国经济权利和义务宪章》。《宪章》第二条第二款第 3 项明文规定：“每个国家都享有把外国资产收归国有、征用或转移其所有权的权利。在这种场合，采取上述措施的国家，应当考虑本国的有关法律、条例以及本国认为有关的一切情况，给予适当的赔偿。赔偿问题引起争议时，应当根据采取国有化措施国家的国内法，由该国法院进行审理。”据此，对外资实行国有化、征用及其补偿标准和争议的解决方法，基本上采纳了发展中国家的主张。

南北国家在国际投资法领域关于对外国投资法律保护的斗争，是发达国家推行殖民主义性质的海外投资而引发的。发达国家这种歧视、掠夺性的投资，严重损害了发展中国家的经济主权，阻碍了发展中国家民族工商业的建立，势必遭到广大发展中国家的坚决反对。发展中国家在国际政治舞台上取得的重大胜利，使得广大发展中国家对外资采取限制和严厉管制并举的政策成为合法行为。同时，

在 70 年代以前，不少发达国家对外资也保留不同程度的限制，对外国投资尚未达到开放或完全开放的地步。因此，自二战之后的三十多年里，发达国家所关心的是已有外国投资的法律保护问题。在这一国际政治经济形势的背景下，发达国家不急于也不可能敲开发展中国家的投资大门，这也是发达国家没有把实现国际投资自由化作为一项政策目标的主要原因。

## （二）外资准入自由化问题的提出

南北国家关于外国投资的法律保护问题的争论，以发展中国家最终取得重大胜利而告一段落。然而，发展中国家经过三十几年的建设，本国的经济发展水平仍未有显著提高。其原因除受到基础条件、资金匮乏、人才奇缺以及经济体制等条件的制约之外，与发展中国家采取的以接受国外借款为主，限制国际直接投资的利用外资政策不无相关。这种外资政策的实施势必产生两种后果：一是普遍出现了严重的债务危机。据资料显示，1962—1983 年，韩国向国外借款 262 亿美元，占同期引进外资总额的 95%。1953—1968 年，巴西向外借款余额平均增长 9.2%，而同期引进外国直接投资的年平均增长不到 1%；1968—1982 年，巴西外债余额由 37.8 亿美元猛增到 915.76 亿美元，平均年增长 25.6%。我国从开始改革开放的 1979 年至 1991 年，在引进外资 796 亿美元的总额中，其中向国外借款达 563 亿美元，占 70.7%，引进外国直接投资仅占 29.3%，说明我国在 1991 年以前引进外资仍以国外借款为主。<sup>[7]</sup>二是促使国际直接投资在发达国家之间流动。以世界上最大的资本输出国美国的跨国公司为例，1950 年，其私人对外直接投资投向发展中国家的占 48.8%，流入西方发达国家的占 48.3%；而到了 1980 年，在对外直接投资总存量中发展中国家的比重下降到 24.7%，而发达国家的比重则上升至 73.5%。英国的情况也是如此，1978 年英国跨国公司的海外直接投资总额中，有 78.5% 投在工业化程度较发达的国家，而投在发展中国家的只占 16.7%。<sup>[8]</sup>

实践证明，发展中国家采取的大量举借外国商业贷款，限制国际直接投资的外资政策，不利于本国的经济恢复与发展。在这种内外交困的形势下，广大发展中国家为了摆脱债务危机和吸收外国直接投资，纷纷调整自己的外资政策，将引进外资的重点从原来的举借国际商业贷款转向吸收外国直接投资。因为外国直接投资不仅不会导致东道国债务负担的增加，还会给东道国带来各种生产要素，包括先进的技术和科学的管理经验。为此，发展中国家采取一系列措施加强对外国投资的法律保护水平，放宽对外资进入的限制并制定许多优惠政策用以吸收更多的外国直接投资为本国的经济建设服务。具体表现在：

第一，极大地加强了对外国投资的法律保护水平。以国有化事件为例，1975 年全世界共发生此类事件 53 次，1985 年猛然下降到 1 次，而从 1985 年以后，再没有发生过此类事件。<sup>[9]</sup>



第二，签订了大量的双边投资保护协定，用以保证国内法的效力，弥补国内法之不足，加大对外国投资的保护力度。据联合国贸发会议编制的《1996 年世界投资报告》显示，进入 80 年代，尤其是 90 年代以来，双边投资保护协定的数量猛增到 1160 多项，涉及缔约国达 150 多个之多，其中近 70%是在 90 年代签订的。

第三，通过制定和修改国内立法，逐步放宽对外国投资的限制。八十年代以来，尤其是 90 年代之后，发展中国家掀起了大规模的旨在促进外国投资的国内外资立法的修订工作。据统计，1991—1994 年间，有 373 项外国直接投资法律与管理规定发生变化，其中，368 项是朝着自由化方向发展的。<sup>[10]</sup>

第四，在放宽对外国投资管制的同时，采取以税收优惠为主的多种优惠措施，并积极改善投资软硬环境，鼓励外国资本投资于本国（或地区）。

发展中国家的上述努力，使发达国家的海外投资有了比较充分的保障。近年来，发达国家对发展中国家的直接投资剧增。据统计，1995 年国际直接投资为 2300 亿美元，其中，流向发展中国家的直接投资达 900 亿美元，占世界吸引外资总流量的 39.13%。<sup>[11]</sup>至 1996 年下半年止，发达资本主义国家的跨国公司对发展中国家的直接投资总额已达 2500 亿美元，并且仍以每年平均递增 14% 的速度在增长。<sup>[12]</sup>随着发展中国家经济发展水平的提高、市场容量的增大和配套能力的增强，以及 90 年代以来出现的全球经济自由化的强劲趋势，发达国家为了促成直接投资及其随带的各种生产要素在国际间的自由流动，实现其所谓的在“比较利益”基础上的全球资源最合理和最有效分配的目标，于是便开始提出更高的要求，以进一步推动发展中国家放宽对外国投资的法律管制，实现国际投资自由化。

### （三） 外资准入制度的最新发展

外资准入自由化问题一经提出，南北国家就存在严峻的立场分歧。其根本原因在于南北国家在经济实力上的差异，这种差异使得表面公平的投资自由化蕴含着实质上的不公平。对发展中国家而言，它们主要是或完全是资本输入国，完全自由的外资进入势必对本国经济产生重大冲击，造成产业结构和发展水平的不平衡。而对发达国家来说，无论其为资本输入国或输出国，均能获得外资进入或对外投资所带来的各种好处。

近十几年来，南北国家在外资准入自由化问题上的激烈争论主要是在消除履行要求与开放投资领域两个方面展开的。在外国投资的审批制度方面，目前的国际规则只在服务贸易领域稍有涉及，即根据乌拉圭回合谈判达成的服务贸易多边框架协定，各成员国可以维持现状，通过谈判，逐步取消有关市场准入方面的条件、限制和保留，包括外国投资审批制度。各国对投资审批的自由决定权将服从于今后有关市场准入谈判中的承诺。

### 第一，关于消除“履行要求”之争

消除履行要求是发达国家与发展中国家在外资准入自由化上争议最大的问题之一。所谓履行要求是指东道国把外国投资者允诺承担某项或某些特定义务作为批准该项外国投资进入的前提条件，具体包括当地成份要求、出口实绩要求、外汇平衡要求及当地股权要求等等。<sup>[13]</sup>这些限制性条件可能在外资经营阶段被要求满足，也可能作为外资获得东道国各种优惠待遇的先决条件。

美国是最早极力主张消除各种履行要求的发达国家。美国官方认为，任何由东道国加在外国控制企业身上的要求，均构成履行要求。履行要求是当今国际投资领域中最严重，也是发展最快的问题。<sup>[14]</sup>美国投资保护协定范本也明文规定，缔约任何一方均不得施加任何履行要求。<sup>[15]</sup>对履行要求作如此广泛的解释，势必遭到广大发展中国家的抵制和反对。因此，美国试图通过双边投资保护协定彻底拆除一切履行要求的进展并不顺利。为改变这种“孤军奋战”的不利局面，从1982年11月开始，美国意图把消除限制外国投资的特定措施纳入关贸总协定的多边谈判中解决，在日内瓦召开的这次部长会议上，因未得到其它国家（包括发达国家）的响应而作罢。1986年关贸总协定乌拉圭回合发动后，以美国为首的发达国家又极力主张将与贸易有关的投资措施纳入谈判的议题。就此，美国、欧共体（即现在的欧盟）、日本、瑞士以及北欧国家共同提出一个包括十三项履行要求的清单，内容非常广泛，具体包括当地股权、许可证要求、汇款限制、外汇管制、制造限制、技术转让要求、国内销售要求、制造要求、产品指令要求、贸易平衡要求、当地成份要求、出口要求、进口替代要求。<sup>[16]</sup>

大多数发展中国家认为，履行要求的设置属东道国的内部事务，且为合理利用外资所必需，否则，将直接影响本国利用外资的根本利益和经济发展目标。因此，在乌拉圭回合谈判中，发展中国家一开始就反对将投资问题纳入谈判议题。但是，由于发展中国家在国际贸易和国际投资中的谈判地位远弱于发达国家，在这种情况下，发展中国家就努力限定有关禁止和限制采用的投资措施协定的适用范围。最后达成的《与贸易有关的投资措施协议》（简称《TRIMs 协议》）对禁止使用的投资措施进行了严格的限定。首先，其种类主要是指限制性投资措施；其次是指其中的那些会对国际贸易产生扭曲作用的限制性措施；最后还必须构成违反《GATT1994》第3条第4款国民待遇原则和第11条第1款数量限制的一般取消义务的情形。具体包括当地成份要求、贸易平衡要求、外汇平衡要求以及出口限制要求。<sup>[17]</sup>而乌拉圭回合谈判达成的《服务贸易总协定》（简称《GATS》）中关于拆除有关服务业市场准入的履行要求的规定，则采取了一般性义务与具体义务相分离的作法，《GATS》允许成员国维持既存的、与《GATS》义务不相符的措施，在作出具体承诺的部门中，这种措施必须在细目表中列出，而在未作具体承诺的部门以及最惠国例外的部门中，成员国还可以享有采取新的歧视的自由。<sup>[18]</sup>

南北国家关于消除履行要求的争论，最终以《TRIMs 协议》和《GATS》的达成而告一段落。从上述两个协议的内容来看，《TRIMs 协议》禁止使用的履行要求是有限的，而《GATS》更多地顾及了发展中国家的利益，显然也未达到彻底的程度。无疑，这是南北国家妥协与让步的结果。但是，上述两协议开创了在关贸总协定内进行有关投资措施谈判的先河，这一做法意味着南北国家关于消除履行要求的争论将在世贸组织的轨道上长期继续下去，它必将对国际投资法制产生深远的影响。

## 第二，关于开放投资领域之争

在外资准入自由化上，发达国家与发展中国家争论的另一个主要问题是关于投资领域的开放，这个问题的焦点集中在服务业的开放部门及其程度上。这是由于各国经济发展水平不同，造成了服务业在各国间的发展很不平衡。发达国家仰仗其技术、信息、商品贸易及人力资本的优势，在服务的生产和贸易方面处于绝对优势地位，具有很强的竞争力，如美国、法国、英国等。而对于大多数发展中国家来说，服务业落后，属于需要保护的“幼稚”产业。这种发展不平衡是造成发达国家与发展中国家在开放服务领域上观点分歧的主要原因。同时，许多服务行业的开放还涉及国家安全、公共秩序和本国经济命脉等根本问题，因此，随着国际服务贸易的迅速发展，国际服务贸易的竞争日益激烈，各国政府为了本国的利益对服务进口施加限制，对本国服务业实行保护政策。

发达国家为了结束国际服务贸易及其竞争长期处于缺乏国际规则的无序状态，为其服务业拓展海外市场铺平道路，以美国为首的西方国家一方面通过双边谈判，解决服务贸易的市场准入和不公平贸易问题，并试图将保护服务业的国内规则适用于国际服务贸易之中。另一方面，从 1973 年至 1979 年进行的 GATT 东京回合谈判中，美国政府就尝试对服务贸易进行谈判，但是美国和其他参加国都没有谋求对服务贸易的具体问题达成协议。<sup>[19]</sup>总之，长期以来，美国一直试图建立关于国际服务贸易方面的国际规则，试图将国际服务贸易纳入关贸总协定的法律框架之中，实现服务贸易的自由化，提高其服务业在国际市场上的竞争力。发展中国家为了预防发达国家在没有多边国际规则的情况下采取不利于自己的单方面行动，<sup>[20]</sup>避免出现更多的歧视性的双边和区域协定，同时，也考虑到本国服务业在一定程度上开放的必要性和可能性，最终同意参加有关服务贸易问题的多边谈判，并成功地将服务贸易与货物贸易的相互联系排除在外，使谈判按照关贸总协定以外的特别法律准则进行，为发展中国家赢得权益和回旋的余地。

在当今的国际经济关系中，贸易问题与投资问题已不可能完全分离。因此，《GATS》所要解决的不纯粹是服务贸易问题，实际上它还直接关系到服务业的投资问题，其中当然也包括服务业投资的市场准入问题。《GATS》第一条第 2 款列举了四种服务贸易方式，其中第（C）项所指的“一成员方的服务提供者通过在任何其他成员方境内的商业现场”提供服务的方式，<sup>[21]</sup>就必须通过在国外

投资设立服务性机构才能进行。根据《GATS》第十六条第一款及该款的注释表明,如果一成员方对通过商业现场方式的服务作出市场准入的承诺,则该成员方应允许有关资本进入其境内。可见,市场准入的实质内容之一就是各国投资法中的投资领域的开放问题。

《GATS》是自关贸总协定生效以来达成的涵盖国际投资法律规范分量最大的协议,它的形成使得传统上各国禁止和限制外资进入的服务业,将面临全面的冲击,这对服务业处于落后状态的发展中国家来说,是一个巨大的挑战。在发展中国家的共同努力下,《GATS》在国民待遇、最惠国待遇、透明度、市场准入、逐步自由化以及在对发展中国家服务业发展的援助方面保留了很大的灵活性,基本上体现了发展中国家的立场和意愿。当然,我们也清醒地认识到,发达国家控制了世界经济,也控制着国际服务贸易。在国际服务贸易领域,发达国家与发展中国家仍存在着许多尖锐的矛盾和问题,这些争端将留待今后的双边和多边贸易、投资谈判中去解决。可以预见,国际服务贸易领域推行自由化的进程将同样曲折而漫长。

综上所述,笔者认为,随着国际经济一体化的加深及发展中国家政治、经济实力的不断壮大,各国经济的相互依赖性日益增强。在国际经济合作中,发展中国家离不开发达国家,反之亦然。因而,任何国际经济条约的达成都是各方利益妥协与让步的结果,只对发达国家有利而对发展中国家不利的“一边倒”的状况不再可能出现。从这一点上看,南北国家关于限制投资措施和开放服务贸易领域方面所达成的《TRIMs 协议》与《GATS》便是一个充分而有力的证明。

## 二、外资准入具体制度的比较与评价

所谓外资准入,是指资本输入国根据本国的经济发展水平和利用外资的目标而制定的外国人投资法中关于外国投资进入东道国管辖领域必须具备的条件和程序的一种法律制度。包括外国投资审批制度、外资准入的领域、外资准入的条件等具体制度。简言之,外资准入就是指东道国允许外国投资进入的自由程度,对投资母国而言,就是其国际私人直接投资进入东道国的权利和机会。<sup>[22]</sup>它构成东道国有关外国投资法律的主要内容。

### (一) 外国投资审批制度

外国投资审批制度,是指资本输入国政府或其授权机关根据本国的法律、政策和特定时期的经济发展水平和目标,按一定的标准和程序,对拟输入本国的外国直接投资进行鉴定、甄别和评价,并决定是否批准的制度。在实行外国投资

审批制度的国家中,获得该国政府批准是外国投资取得合法地位的前提条件。<sup>[23]</sup>对外国投资的审查和甄别,是限制国际资本自由流动的一种手段。其意义在于:

(1) 有利于东道国按照本国国民经济的发展战略引导外资投向,并排除或限制外资进入某些关系国家安全与重大利益的部门,避免对幼稚产业产生冲击;(2) 有利于东道国考虑保持国家的国际收支平衡,避免外资重复引进或过分集中于少数经济部门,造成经济畸型发展;(3) 确保设立的外商投资企业符合东道国的法律规定,取得合法地位,享受东道国法律保护 and 取得东道国给予的优惠待遇;(4) 有助于保证投资项目的可行性和投资合同的公正性;(5) 确保相关法律关系的合法成立及权利义务的正确履行,如劳动关系。<sup>[24]</sup>可见,审批制度无论对东道国国家还是对外国投资者都具有积极意义。因此,除极少数国家外,绝大多数国家都有关于对外资审批的法律规定。

### 1、外国法律的相关规定

世界上绝大多数国家都建立了外国投资审批制度,但规定的具体内容有所不同,归纳起来,主要有以下两类:

第一类是逐一审批制,即任何外资项目均须经过中央或地方政府的审批方可获准进入。如发展中国家中的印度、前南斯拉夫等,在发达国家中,如澳大利亚、奥地利、芬兰、葡萄牙、瑞典和新西兰等国。印度规定,所有外资进入本国之前都必须经过批准,所有外资企业都要取得执照后方可经营。<sup>[25]</sup>前南斯拉夫 1989 年《外国人投资法》第二十二、二十三条规定,投资协议和投资创办的组织形式的变化及外国投资者进行利润再投资和增加投资,进行股份转让,都必须向主管对外经济关系的联邦行政管理机构报告。<sup>[26]</sup>奥地利、芬兰、希腊、爱尔兰、新西兰、挪威、葡萄牙和瑞典等国法律规定,所有新的外国投资都需要经过事先审批。其中,芬兰、新西兰、挪威和葡萄牙还规定,在当地原有外国控制的企业的直接投资也需要经过事先审批。<sup>[27]</sup>

第二类是选择审批制,即只有那些超过法律及法规规定条件的外资项目才须经审批,否则可以不经审批。根据法律规定的条件不同,又可细分为以下几种:

其一,以投资者身份为条件。如法国只对来自非欧盟国家的投资才须审批。而对来自欧盟国家的投资则实行事先登记制。登记部门(财政部国库局)在两个月内负责确定申请者是否真是欧盟公民或法人,如登记部门在两个月内未予阻止,则该直接投资即可进行。<sup>[28]</sup>

其二,以取得优惠待遇为条件。如巴西、泰国、马来西亚等国规定,只对需要得到优惠待遇的行业进行审批,其他允许外商投资的行业可免于审批。

其三,以投资特定行业为条件。如墨西哥 1993 年《外国投资法》第 8 条规定,对外国投资者以高于 49% 的比例参与证券评估机构、保险经纪人、法律服务等 11 种行业者,须经国家外国投资委员会的批准。<sup>[29]</sup>又如 1985 年生效的新《加拿大投资法》对有关新的企业或加拿大原有企业涉及加拿大的“文化传统或国家

身份”的行业须经审查，包括出版业、书刊的印刷、影视音像制品的生产、销售等。<sup>[30]</sup>

其四，以投资总额为条件。如阿根廷 1987 年《外资法实施细则》规定，凡投资总额超过 2000 万美元者，须经政府授权机关的事先批准，否则属无效。<sup>[31]</sup>

其五，以外资超过一定比例为条件。如菲律宾规定，外资比例占 30% 以上的新投资，或者在现有外资比例占 30% 以上的企业扩大或增加投资，须经外资局审批。<sup>[32]</sup>匈牙利规定外资拥有股权超过 50% 以上，须经官方批准。

其六，以外资取得控制权为条件。如加拿大规定，对外国人或含有外国成员的集团对企业资产在 500 万美元以上的加拿大企业取得控制权的，则要求审批，如加拿大企业的资产价值不足 500 万美元者，仍只需呈报，而不再审查。<sup>[33]</sup>

## 2、中国有关法律规定

我国属典型的逐一审批制国家，不论投资额大小，也不论投向哪一行业，均须经政府审批机构审查批准。同时，以投资总额的多寡为标准，划分中央和地方的审批权限。根据《中外合资经营企业法实施条例》第九条、《中外合作经营企业法实施细则》第七条之规定，设立合资企业与合作企业的审批程序包括立项（项目建议书、初步可行性研究报告）审批、申请设立（报送申请文件）和审查与批准三个阶段。外商独资企业的设立程序与此相似，所不同的是，设立独资企业无需经过立项审批，而是代之以由外国投资者向拟设立外资企业所在地的当地人民政府提交一份涉及配套条件和设施的报告。<sup>[34]</sup>此外，外资企业法明确规定了限制设立外资企业的行业，并在审批程序上略有不同。<sup>[35]</sup>

从法律规定上看，我国关于审批外商投资企业的程序是明晰的，但审批标准过于笼统，因此，这一审批制度的功能未能得到全面发挥。主要问题表现在：第一，除《外资企业法》第四条明令禁止设立的行业外，外商几乎可以任何形式在中国的任何地方和行业进行投资；第二，外商投资企业的资本结构与行业分布明显不合理（当然，造成这一局面还有其它原因）；第三，诸如假外资、实物低价高估、注册资金不到位、国有资产流失、“夕阳”工业和污染严重项目的引进等时有发生。产生这些问题的主要原因在于：第一，相关法规不配套，导致审查标准过于原则，审批工作带有很强的随意性；第二，审批部门属行政部门，缺乏权威性，审批工作基本上停留在对合同、章程等书面条款的表面审查；第三，审批部门与相关专业管理部门的配合不够协调，以及法规、政策本身的原因给不法商人和违法投资有可乘之机；第四，地方本位主义思想起了推崇作用。

笔者认为，我国审批制度存在的最大问题是管理部门多，程序繁琐，与未能真正起到把关和甄别作用之间的矛盾，即既过于繁琐，又失之苛刻。当然，这一矛盾的产生还有制度以外的因素，如人的因素和管理的问题。

## 3、评价

(1) 由于各国经济体制、经济结构及发展水平不同，决定了它们对待外资的

态度也不同,因而各国审批制度的内容、程序和作法也不相同,这是无可非议的。但要使审批制度取得积极效果,必须宽严得当,简便迅捷,否则,就会成为阻碍外资进入的因素。墨西哥 1973 年颁布的《促进墨西哥投资与管制外国投资法》,对 100%外商投商企业实行严格的限制,结果在 1973 年到 1983 年的 10 年间,全部申请的项目中仅有 10 来个获得批准。1989 年 5 月 16 日生效的《实施条例》绕开原法作了若干松动,这种现象才有所改变。<sup>[36]</sup>1993 年的《墨西哥外国投资法》则采选择审批制,规定对特定行业中外资比例超过 49% 以上者才须经审批。<sup>[37]</sup>这种审批制度的宽松变化反映了墨西哥对外资的态度由限制到欢迎的转变。

(2) 从战后各国投资法发展的整体上看,都呈现出由严格向松弛的趋势,选择审批制为许多国家所采用便是佐证之一。它表明各国对外资的需求增加和国际资本自由流动障碍的逐步削减。但是,加拿大的外资政策却曾反向的变化,即从原先完全开放到目前实行的适当限制政策。这是因为加拿大的自由开放政策使得外国资本支配和控制了加拿大经济的许多部门。可见,各国外资审批制度的建立和完善,取决于各国自身的经济条件。

(3) 尽管学说上对外资的审查制度颇有微词,<sup>[38]</sup>但建立外资审批制度的必要性为绝大多数国家所认可。客观地看,一方面审批制度带来的手续繁琐,行政效率低等问题并非审批制度本身所造成;另一方面,审批制度也并非万能。科学的审批制度、健全的监管制度和一支廉洁、高效、权威并富有责任感的管理队伍才能确保本国外资法律和政策得到不折不扣的执行,确保本国利用外资目标得以顺利实现。

(4) 就我国而言,外资审批制度确实存在某些弊端。这些弊端有的是制度本身的原因,如程序繁琐,机构设置不合理;有的是法规不配套的原因,如审查标准的掌握;也有的本来就不是审批制度可以解决的,如注册资金不到位等等。因此,在改进和完善审批制度的同时,加强对外资的监管是完全必要的。

## (二) 外资准入的领域

无论是发展中国家还是发达国家的外国投资法律都规定有禁止和限制外国投资进入的领域,这是东道国限制外资准入的主要手段之一。

### 1、外国法律的一般规定

从总体上看,各国对涉及国家安全和根本利益的领域,均作了禁止或限制性的规定。这些行业包括:(1) 与国防有关的领域,如武器、弹药及军需器材生产,多数国家完全禁止外资进入;(2) 公用事业,包括新闻、广播、通讯事业及水电供应,这些行业涉及意识形态、公序良俗、国家安全和国计民生,各国大都采取禁止或严格限制的政策;(3) 交通运输业,如铁路、沿海及内河运输、国内航空运输,这些行业属于国家的经济中枢,一般限于本国资本经营;(4) 银行、保险业,因其涉及国家经济命脉,且在许多国家属于需要保护的“幼稚”行业,大多

数国家采取限制或禁止的政策；(5) 矿产资源的开发，因其涉及国家经济主权并为一国之支柱产业，所以大多数国家都要求同本国政府合作开发，有些国家则禁止外资进入。但因国情不同，各国对外国投资领域的限制也不同。如马来西亚、巴西、墨西哥、法国、意大利等国允许外国投资进入与国防有关的领域。而巴西、阿尔及利亚、利比亚对公用事业的外资进入也未加限制。<sup>[39]</sup>另外，在有些行业中，有的国家采取限制或禁止政策，而有的国家则属允许甚至是鼓励的行业。值得注意的是，各国关于外资准入领域的限制在本国不同的经济发展阶段也不相同。许多国家根据本国的经济发展状况的变化，逐年或若干年即修改此类清单。如菲律宾政府每年制定一次《投资优先计划》，并相应修改《外资限投资领域表》。<sup>[40]</sup>

发展中国家和地区，由于经济发展水平较低，因此，对外资准入领域的限制比发达国家要严。如发展中国家大都存在外汇短缺的问题，因此，对对外贸易这一出口创汇的重要行业往往不允许外资进入，而发达国家则一般不加限制。再如，对于那些不需要先进技术和巨额资本的行业，发展中国家一般把它们留给本国公民和法人经营，而拒绝外资参与，零售业就是一个典型例子。另外，发展中国家还有许多“幼稚”产业，如汽车工业、银行业、保险业等，需要特殊保护，一般也限制外资参与。另外，发展中国家关于限制外资准入领域的法律规定上，显得过于原则，随意性很大。这一缺陷不仅不利于吸引外资，也使外资的审批效率大大降低。以前南斯拉夫为例，其 1978 年的《关于外国人向南斯拉夫联合劳动组织的投资法》及 1985 年该法的修正案，<sup>[41]</sup>均未明确规定限制或禁止外资准入的领域，而是根据投资合同审批的积极标准（1979 年第四十二条）和消极标准（1985 年修正案第四十九条）由审批机关加以掌握。这些标准的判定并不能代替关于外资准入领域的规定。因为符合上述一项或数项积极标准的外资显然不可能随意选择进入南斯拉夫的所有行业。同理，以国家的整个经济政策和发展战略来衡量是否准许某一具体外资项目进入，显然既不能准确把握，也不能有效限制外资进入某些领域。

相反，大多数发达国家由于经济实力强，法制较健全，对外资企业实行国民待遇，因此，对外资进入的领域限制较少且多以立法形式，或在外资法，或在国内各部门法中明确规定。如美国没有关于禁止或限制外国投资准入领域的专门法律，但在联邦和各州的特别法律和法案中，对外资进入某些领域的限制条件作了具体详细的规定。这些法律包括《联邦通讯法》、《采矿奖励法》、《原子能法》等等。

与外资准入的领域密切相关的另一问题，是如何通过法律手段加强对外资投向的引导。这种引导不仅指限制或禁止外资参与某些行业，更重要的是以财政或非财政优惠措施而采取的积极引导。在这方面，菲律宾的作法值得借鉴。菲律宾在其 1987 年的投资法典中，根据投资优惠政策的不同，将投资分为：享受优惠



Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库